

Artículos

*Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (BITs) y la “regulación” del negocio bancario
Algunas reflexiones sobre la furtiva “expropiación regulatoria” (creeping expropriation) de la banca venezolana:
¿Una obra en marcha?*

José Antonio Muci Borjas
Profesor de Derecho Administrativo en la
Universidad Católica Andrés Bello

Resumen: *En el artículo se reflexiona detenida y metódicamente sobre diversas medidas estatales que gravan el negocio bancario y le impiden a los accionistas de la banca operar, administrar y disfrutar su inversión. Por la naturaleza de las cosas, esas medidas pudieran llegar a producir efectos análogos a los de una expropiación. A la luz de los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones, se analiza la legalidad de esas medidas y se discurre sobre la consecuente responsabilidad patrimonial del Estado venezolano.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. EL CONTENIDO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA
 1. La creación de una “cartera mínima”. 2. La fijación de una “tasa activa máxima”. 3. La imposición de un producto financiero único o estándar. 4. La identidad del acreedor y la persona a favor de quien ha de constituirse la garantía hipotecaria. 5. Los nuevos préstamos a deudores que incumplieron obligaciones previas. 6. La mora del deudor y el derecho a pagar sólo parcialmente. 7. La amortización del crédito.
- II. LA CARTERA MÍNIMA CREADA POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA
 1. La cartera agrícola. 2. La cartera de microcréditos. 3. La cartera turística.
- III. LA TASA PREFERENCIAL PREVISTA POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA
- IV. LAS NORMAS PRUDENCIALES Y EL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA
- V. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR
- VI. LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES PARA EL PAGO DEL PRÉSTAMO
- VII. LA IDENTIDAD DEL DEUDOR Y LA GARANTÍA HIPOTECARIA
- VIII. EL ASFIXIANTE CONTROL ESTATAL SOBRE LA BANCA

IX. EL ASFIXIANTE CONTROL ESTATAL SOBRE LA BANCA Y SU “CONFORMIDAD” CON EL DERECHO. UN CATÁLOGO DE GRAVÁMENES Y EL DERECHO APLICABLE

1. *El Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones. 2. Otros Tratados Internacionales para la Promoción y Protección de Inversiones suscritos por Venezuela. 3. La vigente Ley de Promoción y Protección de Inversiones venezolana.*

X. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS CONSECUENCIAS DEL ILEGÍTIMO “CONTROL” ESTATAL SOBRE LA BANCA

XI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN. EL CONTENIDO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

Tomando como punto de partida la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda¹, en vigor desde el día 3 de enero de 2005, en este breve ensayo pasamos revista a un conjunto de normas que tienen por objeto regular el negocio bancario, para así determinar si tales normas, dictadas con el propósito de ejercer *control* o *mando* sobre las actividades de intermediación realizadas por la banca, son razonables, esto es, legítimas.

Como su propio nombre lo sugiere, la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda disciplina, ese es su propósito, las *condiciones fundamentales* en las que la banca puede -y debe- conceder *créditos hipotecarios para vivienda* (artículo 1°)². A los efectos del presente análisis, la Ley contiene un conjunto de previsiones -de *orden público* (artículo 7°)- dignas de mención, a saber:

1. *La creación de una “cartera mínima”*

El artículo 29 establece que las instituciones financieras autorizadas para conceder créditos hipotecarios (denominadas en lo adelante, por *mor* de brevedad, la banca) se encuentran obligadas a conceder “...créditos hipotecarios destinados a la adquisición, construcción, autoconstrucción, ampliación o remodelación de vivienda principal... en un porcentaje de su cartera de crédito anual que será fijado por el Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI)...”.

1 *Gaceta Oficial* N° 38.098, del 3 de enero de 2005.

2 La Ley de Protección del Deudor Hipotecario de Vivienda se inscribe en el marco de las regulaciones creadas por: (i) la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (*Gaceta Oficial* N° 37.600, del 30 de diciembre de 2002), en la que se declara que las necesidades de vivienda de la población serán atendidas mediante créditos, incentivos y otras modalidades de auxilio (artículo 18, numeral 13); (ii) la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional (*Gaceta Oficial* N° 37.066, del 30 de octubre 2000), sancionada para determinar las bases de la política habitacional del Estado (artículo 2°); y, (iii) la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.204, del 8 de junio de 2005, que regula la obligación del Estado venezolano “...de garantizar el *derecho a la vivienda* y hábitat dignos, y asegurar su protección como contingencia de la seguridad social y *servicio público* [¿?] de carácter *no lucrativo*...” (artículo 1°).

En ejecución del artículo 29 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, mediante Resolución N° 012, dictada por el Consejo Nacional de la Vivienda en fecha 26 de febrero de 2005, se fijó "...en un diez por ciento (10%) el porcentaje mínimo sobre la cartera bruta de crédito que, con carácter obligatorio, deben colocar los bancos... en el otorgamiento de créditos hipotecarios en las condiciones establecidas en la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario"³. Los créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda deben, pues, representar como mínimo el diez por ciento (10%) de los créditos concedidos por la banca. Según la aludida Resolución, ese porcentaje debe distribuirse así: a) hasta un tres por ciento (3%) debe destinarse a créditos hipotecarios a largo plazo; y, b) no menos de un siete por ciento (7%) debe concederse a través de créditos hipotecarios de corto plazo (artículo 1°). La cartera bruta de créditos con base en la cual han de calcularse tales porcentajes, así lo contempla la Resolución citada, es la existente al 31 de diciembre de 2004 (artículo 2°). Finalmente, en la Resolución en referencia se establece que el aludido porcentaje sería revisado en el mes de enero de 2006⁴. La regulación que de la "cartera mínima" de crédito hizo la Resolución N° 012 -hasta un tres por ciento (3%) para créditos a largo plazo, y no menos de un siete por ciento (7%) para créditos a corto plazo, repetimos- se ha mantenido en el tiempo. Para constatarlo basta revisar las Resoluciones números 25 y 013-06, expedidas por el Ministro para la Vivienda y Hábitat en fechas 31 de octubre de 2005 y 4 de abril de 2006, respectivamente⁵.

Los porcentajes de la "cartera mínima" fueron objeto de ulterior regulación a través de sendas Resoluciones administrativas, dictadas por el Ministro para la Vivienda y Hábitat. Veamos:

A. Primero, una Resolución s/n de fecha 30 de junio de 2005⁶, en la que se establece que a los fines de aplicarles la tasa de interés social sólo pueden ser contabilizados dentro del porcentaje establecido en la Resolución 012 "los préstamos hipotecarios a largo plazo... dirigidos a grupos familiares cuyos ingresos mensuales no superen las quinientas unidades tributarias (500 U.T.)...".

Esta Resolución modifica de manera sobrevenida el régimen legal con base en el cual la banca había venido obrando hasta ese momento para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y de sus actos de ejecución.

3 *Gaceta Oficial* N° 38.140, del 4 de marzo de 2005.

4 La Resolución 012 fue derogada a través de la Resolución N° 020, expedida por el Ministro para la Vivienda y Hábitat en fecha 31 de octubre de 2005, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.303, de esa misma fecha.

5 La Resolución N° 25 fue publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.305, del 2 de noviembre de 2005. Por su parte, la Resolución N° 013-06 apareció publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.415, del 7 de abril de 2006. Con respecto a esta última Resolución resulta pertinente hacer una observación: De acuerdo al artículo 3°, para el 2006 los porcentajes han de calcularse "...sobre la base del total de la cartera de crédito bruta al 31 de diciembre de 2005".

6 *Gaceta Oficial* N° 38.223, del 7 de julio de 2005.

B. Segundo, una Resolución s/n del 10 de agosto de 2005⁷. Según esta nueva Resolución, que regula la porción de créditos a corto plazo:

1° Dos tercios (2/3) del referido porcentaje debe necesariamente destinarse a viviendas que vayan a ser adquiridas por grupos familiares cuyos ingresos mensuales no superen las cincuenta y cinco (55) unidades tributarias (U.T.).

2° El tercio (1/3) restante debe ser destinado a viviendas a ser adquiridas por grupos familiares cuyos ingresos mensuales estén comprendidos entre las cincuenta y cinco (55) y las ciento cincuenta (150) unidades tributarias (U.T.)". Esta segmentación fue luego ratificada por el Ministro para la Vivienda y Hábitat mediante la Resolución administrativa 013-06, citada en el párrafo que antecede.

De la Resolución 013-06, dictada por el Ministro para la Vivienda y Hábitat el 4 de abril de 2006, resta por subrayar cuanto sigue: Del siete por ciento (7%) que debe ser destinado a créditos hipotecarios a corto plazo, para el día 30 de junio de 2006 la banca debía como mínimo haber cubierto el cuarenta por ciento (40%); para el día 30 de septiembre el porcentaje de cumplimiento debía alcanzar como mínimo el setenta por ciento (70%); finalmente, para el 31 de diciembre de 2006 la banca debe haber satisfecho -esto es, efectivamente erogado- el cien por ciento (100%).

2. La Fijación de una "tasa activa máxima"

El artículo 42 dispone que "...la tasa de interés fijada para créditos de vivienda principal... [será] una tasa de interés social". Los parámetros para la determinación de la tasa de interés social máxima prevista por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda se encuentran regulados en el artículo 43 *eiusdem*. El artículo 42 agrega que los criterios para determinar la tasa social serán fijados por el Consejo Nacional de la Vivienda (CONAVI), "...de acuerdo con lo establecido en esta Ley"; que el cálculo de dicha tasa "...será realizado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo..."; y, que una vez calculada la tasa ésta será presentada al Banco Central de Venezuela "...para su aprobación y publicación...".

En ejecución de los artículos 42 y 43 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, el Ministro de Estado para la Vivienda y el Hábitat, autoridad cuya falta de competencia legal para "determinar" la aludida tasa de interés social es ostensible -ostensible, insistimos, porque según la Ley esa determinación le correspondía hacerla al Consejo Nacional de la Vivienda- fijó en "...once enteros coma treinta y seis centésimas por ciento (11,36%)..." la tasa de interés social máxima a que se refiere la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda⁸. Esa tasa fue luego reducida a "...diez enteros con cincuenta y cuatro centésimas por ciento (10,54%)..." a través de la Resolu-

7 *Gaceta Oficial* N° 38.250, del 15 de agosto de 2005.

8 Resolución N° 005, de fecha 28 de enero de 2005, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.117, de fecha 28 de enero de 2005.

ción 005-06, también dictada por el Ministro para la Vivienda y Hábitat, de fecha 20 de febrero de 2006⁹.

3. *La imposición de un producto financiero único o estándar*

El artículo 30, literal a), establece que los créditos hipotecarios para vivienda principal deben ser documentados por la banca "...de acuerdo con el modelo suministrado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo..." (artículo 30, literal a))¹⁰.

4. *La identidad del acreedor y la persona a favor de quien ha de constituirse la garantía hipotecaria*

De acuerdo al artículo 24, "los créditos hipotecarios para vivienda principal otorgados... con recursos de la banca privada... quedan garantizados con una hipoteca de primer grado sobre el inmueble... cuyo acreedor hipotecario será el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo...". Sin embargo, en aquellos casos en que medie autorización del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, la garantía hipotecaria constituida por el deudor podrá ser "...compartida con acreedores institucionales" (artículo 25, literal a)), esto es, con otros bancos.

Al margen de lo dispuesto por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda -al margen, decimos, porque la medida que de seguida se menciona difícilmente puede ser reconciliada con la letra de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda-, el Presidente del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (BANAP) le dirigió una comunicación a la Directora General de Registro y Notarías del Ministerio de Interior y Justicia, con el objeto de "interpretar" -*lato et improprio sensu*- las normas que obligan a constituir la hipoteca a favor de dicha entidad¹¹. De acuerdo a dicha comunicación, en "...los préstamos hipotecarios... con recursos propios de la banca u operadores financieros... destinados a la adquisición, construcción, autoconstrucción o mejoramiento de la vivienda principal, se deberá proceder a registro con la garantía hipotecaria a favor de la entidad financiera que otorga el crédito respectivo".

9 *Gaceta Oficial* N° 38.385, de fecha 22 de febrero de 2006. Luce pertinente destacar que esa tasa máxima social del 10,54% es inferior a la inflación, medida de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor publicado por el Banco Central de Venezuela. Baste señalar, *gratia argüendi*, que el 2 de octubre de 2006 el Banco Central anunció que la inflación anual acumulada ascendía al doce coma cinco por ciento (12,5%).

10 De acuerdo a la Disposición Transitoria Vigésima Cuarta de la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, "dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley, el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, se transformará en Banco Nacional de Vivienda y Hábitat..." (Banavih).

11 Comunicación G-05-02650, de fecha 1° de julio de 2005, consultada en original.

5. *Los nuevos préstamos a deudores que incumplieron obligaciones previas:*

El artículo 37 le reconoce al "...deudor hipotecario que haya entregado su vivienda en dación en pago... [el] derecho a recibir un nuevo crédito con fondos provenientes de la misma fuente de recursos usada en el crédito extinguido, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos por la institución".

6. *La mora del deudor y el derecho a pagar sólo parcialmente:*

El artículo 38 autoriza al "...deudor hipotecario que se encontrare en situación de atraso o fuese demandado por el mismo concepto... [para] solicitar la rehabilitación del préstamo, cancelando... [una suma] que en ningún momento podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) del monto atrasado". La norma agrega que "el acreedor no podrá negarse aun cuando se encontrare el juicio en fase ejecutiva...", y que "...este beneficio lo podrá invocar el deudor sólo una vez durante la vigencia del crédito".

7. *La amortización del crédito:*

El artículo 41 dispone que a solicitud del deudor, la forma de "...pago de las cuotas mensuales de los créditos hipotecarios podrá... ajustarse a la forma de remuneración del deudor hipotecario, sea ésta semanal, quincenal o mensual...".

Los Capítulos que siguen los dedicamos a revisar, una por una, las innovaciones, mencionadas con precedencia, que la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda contiene.

II. LA CARTERA MÍNIMA CREADA POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

De acuerdo a la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y sus actos de ejecución, ya lo anotamos antes, el diez por ciento (10%) de la cartera de crédito de la banca debe destinarse al financiamiento de créditos hipotecarios para vivienda. Ese porcentaje fue determinado por el Consejo Nacional de la Vivienda.

Ese porcentaje (forzoso u obligatorio) de cartera de créditos hipotecarios para vivienda se suma a otros tres (3) ya existentes¹², a saber:

1. *La cartera agrícola:*

En primer término, cabe mencionar la cartera mínima para créditos agrícolas recientemente determinada, de manera conjunta, por los Ministerios de Agricultura y Tierras y de Finanzas. Conforme a la Ley de Crédito para el Sector Agrícola¹³, esta cartera

12 Sobre esta materia puede consultarse Badell Benítez, Nicolás, *La Actividad Administrativa de Fomento. Especial Referencia al Ordenamiento Jurídico Venezolano*, abril 2006, pp. 175 y ss., consultada en original.

13 *Gaceta Oficial* N° 37.563, del 5 de noviembre de 2002.

“...en ningún caso podrá exceder del treinta por ciento (30%) de la cartera de crédito [de los bancos universales y comerciales], previa opinión de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras”. En ejecución de dicha Ley, hoy por hoy esta cartera “mínima” de créditos agrícolas oscila entre un mínimo del once por ciento (11%) y un máximo del dieciséis por ciento (16%) de la cartera de créditos, calculados dichos porcentajes sobre la base de la cartera bruta de créditos existente para el 31 de diciembre de 2005¹⁴.

2. *La cartera de microcréditos:*

Resulta digno de mención, en segundo término, el porcentaje del tres por ciento (3%) que la banca *-id est*, los bancos universales, bancos comerciales y entidades de ahorro y préstamo- debe necesariamente destinar a los microcréditos por mandato del artículo 24 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras¹⁵.

3. *La cartera turística:*

En su artículo 65 la Ley Orgánica de Turismo en vigor¹⁶ contempla otra cartera de crédito, una cartera de crédito adicional, que los bancos universales y comerciales deben destinar al sector turismo. Conforme a la Ley en referencia esa cartera, cuya cuantía debe ser determinada por el Ministerio de Turismo, “...en ningún caso podrá ser menor del dos coma cinco por ciento (2,5%) ni mayor del siete por ciento (7%) de la cartera de crédito...”. Con base en la norma de ley citada, mediante Resolución N° 38, del 16 de agosto de 2005¹⁷, luego ratificada mediante Resolución del Ministro de Turismo N° 053, de fecha 28 de diciembre de 2005¹⁸, el Ministerio de Turismo fijó la cartera de crédito turística en un dos coma cinco por ciento (2,5%) de la cartera de crédito bruta.

Como se observa, las diferentes carteras, cuatro (4) en total, han sido establecidas por autoridades estatales diferentes: La hipotecaria, establecida en un primer momento por el Consejo Nacional de la Vivienda y, más recientemente, por el Ministerio para la Vivienda y Hábitat. La de microcréditos, determinada directamente por la Asamblea

14 Resolución conjunta DM/027 del Ministro de Agricultura y Tierras y DM/1.26 del Ministro de Finanzas, de fecha 30 de enero de 2006, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.368, del 30 de enero de 2006. En función a los ciclos de producción y comercialización, eso es lo que se argumenta en la Resolución, los distintos porcentajes de cartera son los siguientes: Once por ciento (11%) al cierre de los meses de febrero y marzo de 2006; Doce por ciento (12%) al cierre del mes de abril de 2006; Catorce por ciento (14%) al cierre del mes de mayo de 2006; Dieciséis por ciento (16%) al cierre del mes de junio de 2006; Quince por ciento (15%) al cierre de los meses de julio y agosto de 2006; y, por último, dieciséis por ciento (16%) al cierre de los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2006.

15 *Gaceta Oficial* N° 5.555 Extraordinario, de fecha 13 de noviembre de 2001.

16 *Gaceta Oficial* N° 38.215, del 23 de junio de 2005.

17 *Gaceta Oficial* N° 38.252, de fecha 17 de agosto de 2005.

18 *Gaceta Oficial* N° 38.346, del 29 de diciembre de 2005.

Nacional a través de norma de ley. La agrícola, establecida por los Ministerios de Agricultura y Tierras y Finanzas dentro del “tope” fijado por la Ley de Crédito para el Sector Agrícola. La de turismo, finalmente, determinada por el Ministerio de Turismo dentro de los límites, máximos y mínimos, contemplados por la Ley Orgánica de Turismo.

Cuatro (4) carteras, cuatro (4) regulaciones, dictadas por cuatro (4) *autoridades diferentes*. Ese modo de obrar, no hay duda, atenta o conspira contra la *integridad y estabilidad del sistema financiero*, que debiera estar regulado por una autoridad única, dotada de recursos humanos con conocimientos especializados. La regulación de la actividad financiera, *sin orden ni concierto*, por autoridades ajenas al negocio bancario (aludimos, es evidente, al Consejo Nacional de la Vivienda, al Ministerio para la Vivienda y Hábitat, a la Asamblea Nacional, al Ministerio de Agricultura y Tierras y al Ministerio de Turismo), luce contraria al *principio* de Derecho Constitucional conforme al cual del Poder debe hacerse siempre un uso (un ejercicio) *razonable*¹⁹, esto es, *no arbitrario*.

A esa circunstancia se suma otra igualmente preocupante: Las cuatro (4) *restricciones* en vigor totalizan el treinta y uno coma cinco por ciento (31,5%) de la cartera crediticia de la banca. Casi un tercio (1/3) de la cartera de créditos. Y de incrementarse la cartera agrícola hasta el máximo permitido por la Ley de Crédito para el Sector Agrícola, la sumatoria de esas cuatro (4) carteras obligatorias pudiera representar más del cuarenta y cinco por ciento (45%) de la cartera bruta de la banca. Dicho en otras palabras, la banca tiene hoy en día una muy *menguada libertad*²⁰, porque no puede decidir con base en una sana gerencia de riesgos cuál es el destino que más conviene darle a los recursos que sus depositantes decidieron confiarle. La *coactiva “asignación” de recursos* a sectores de la actividad económica *contradice* -es incompatible con- las *mejores prácticas* de administración y gestión de riesgos bancarios que la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras exige sean observadas.

En su conjunto, la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y las otras regulaciones mencionadas con anterioridad parcialmente *anulan* el derecho a la libre -y profesional- gestión del negocio bancario, porque a la banca se le *restringen indebidamente* sus opciones, sus alternativas, de negocios. Esas regulaciones, por consiguiente,

19 Reconocen la existencia del *principio constitucional de racionalidad*, entre otros, los fallos judiciales siguientes: (i) Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 6 de marzo de 1996 (caso *Cauchos Valery, C.A. vs. Instituto para la Defensa y Protección del Consumidor y el Usuario*); (ii) Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, del 29 de mayo de 1997 (asunto *D.O.S.A., S.A. (DOSA)*); (iii) Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, del 18 de junio de 1998 (caso *Aerovías Venezolanas, S.A. (AVENSA)*); y, (iv) Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 15 de diciembre de 2004 (asunto *Seguros Caracas de Liberty Mutual C.A. et alter*).

20 De acuerdo al artículo 2º de la Constitución de 1999, la *libertad* es *valor superior del ordenamiento*, esto es, *fundamento y fin* -a un mismo tiempo- del ordenamiento jurídico (Parejo Alfonso, Luciano, “Constitución y valores del ordenamiento”, publicado en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Tomo I, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, p. 131).

ilegítimamente *alteran, desdibujan o desnaturalizan* la libertad económica y el derecho de propiedad privada garantizados por la Constitución y la ley.

III. LA TASA PREFERENCIAL PREVISTA POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

De acuerdo a la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, los créditos hipotecarios gozan de una *tasa de interés social*, esto es, de una tasa reducida, sustancialmente inferior a las tasas activas que imperan en el mercado. El artículo 42 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda dispone que los criterios para determinar esa tasa deben ser fijados por el Consejo Nacional de la Vivienda; que el cálculo de dicha tasa debe ser realizado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (hoy en día, el BANAVIH); y que la tasa, una vez calculada, ha de serle presentada al Banco Central de Venezuela para su aprobación y publicación.

El régimen legal contemplado por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda choca frontalmente con el artículo 318 de la Constitución venezolana que establece, por una parte, que el *Banco Central de Venezuela* es "...persona jurídica de derecho público con *autonomía* para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia", y por la otra, que es al Instituto emisor a quien incumbe "...regular la moneda, el crédito y las *tasas de interés*...". Esa norma constitucional ha sido desarrollada por la Ley del Banco Central de Venezuela, conforme a la cual es al Emisor, y *sólo* al Emisor, a quien incumbe establecer las tasas de interés²¹.

La Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda contraviene la Constitución porque de autonomía no puede hablarse cuando se *invaden* las *competencias naturales* del Instituto Emisor. Dicho en otras palabras, de autonomía no puede hablarse cuando el Banco Central, para ejercer sus competencias, *depende de otros entes*. Y es eso, precisamente, lo que hace la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda al disponer que el Banco debe *limitarse* a "aprobar" y "publicar" la tasa previamente

21 La Ley -vigente *rationae temporis*- apareció publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.296, del 3 de octubre de 2001. En un todo conforme con lo dispuesto por la Constitución, la Ley del Banco Central de Venezuela establece: (i) que el Instituto Emisor tiene "...a su cargo las siguientes funciones:... 3. Regular el crédito y las tasas de interés del sistema financiero" (artículo 7°, numeral 3°); (ii) que corresponde al Directorio del Banco Central "...fijar los tipos de descuento, redescuento o interés que han de regir para las operaciones del Banco Central de Venezuela" (artículo 21, numeral 11); y, (iii) que "el Banco Central de Venezuela es el *único organismo facultado para regular las tasas de interés del sistema financiero*. En el ejercicio de tal facultad podrá fijar las tasas máximas y mínimas que los bancos y demás instituciones financieras, privados o públicos, regidos por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras o por otras leyes, pueden cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realicen" (artículo 49).

En ejecución de la Ley del Banco Central de Venezuela, el Instituto Emisor ha limitado las tasas de interés activas y los intereses (suplementarios) que pueden ser cobrados en caso de mora, fijado mínimos para las tasas pasivas y regulado el cobro de comisiones que la banca puede cobrarle a sus clientes.

calculada -determinada- por otro. De autonomía no puede hablarse cuando mediante norma de ley se establecen *rígidos parámetros y procedimiento* para la determinación de la tasa y, por la naturaleza de las cosas, se *ata de pies y manos* al Instituto emisor. En virtud de la regulación contenida en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, así como en otras normas legales que inciden sobre la intermediación bancaria, el Banco Central ha perdido poder para formular y ejecutar la política monetaria, porque le han “*limitado*” los *instrumentos*, de política monetaria, con los que, por mandato del artículo 318 de la Constitución, debe asegurar la estabilidad de los precios y preservar el valor de nuestro signo monetario. El Banco Central de Venezuela ha dejado de ser la “*autoridad*” -en singular- a quien corresponde regular el crédito y, más precisamente, fijar el precio del dinero. Al margen de la Constitución, sus poderes han sido restringidos, su “*autoridad*” desconocida.

A las circunstancias anotadas se agrega otra, de singular gravedad: Las tasas que el sistema financiero puede cobrar pasan a ser determinadas, *por separado*, por *más de una autoridad*: Por la naturaleza de las cosas, esa *dispersión del poder*, del poder para determinar las tasas de interés, conspira contra *la idea de sistema*. La inconstitucionalidad, por *irrazonabilidad*, de las restricciones impuestas a través de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, salta de nuevo a la vista.

El *antecedente* de este régimen de *determinación, en virtud de norma de ley, de los intereses* (máximos) que la banca puede cobrarle a sus prestatarios, lo constituye la Ley de Crédito para el Sector Agrícola, cuyo artículo 3° también contempla una fórmula que asegura unos intereses preferenciales, esto es, sustancialmente inferiores a los de mercado. Este tipo de tasas, aplicadas a una parte significativa de la cartera de créditos, no hay duda, *puede llegar a comprometer la liquidez y solvencia del sistema financiero*. Este rígido tipo de regulación en virtud de norma de ley contraría, como antes se afirmó, el *principio constitucional de racionalidad* en el ejercicio del Poder Público.

A los regímenes de tasas preferenciales establecidos por la Ley de Protección del Deudor Hipotecario de Vivienda y la Ley de Crédito para el Sector Agrícola se suma también el contenido en la novísima Ley Orgánica de Turismo, cuyo artículo 65 dispone que los créditos de la cartera “*mínima turística*” también gozan tasa de interés preferencial, “...acordada entre el Ministerio de Turismo y el Banco Central de Venezuela, previa opinión de la Superintendencia de Bancos...”.

En síntesis, hoy por hoy más de la cuarta parte de la cartera de créditos de la banca devenga tasas de crédito reducidas, preferenciales.

IV. LAS NORMAS PRUDENCIALES Y EL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR LA LEY DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA

La banca debe siempre obrar con *prudencia*. La prudencia es uno de los *principios*, de las *reglas básicas*, que informan su actividad, porque la mayor parte de los fondos que la banca administra pertenecen a los depositantes.

De la *codificación* de esos *principios generales* se ha ocupado el Comité de Basilea en materia de supervisión bancaria, cuyas recomendaciones, con base en la Ley General de Bancos u Otras Instituciones Financieras, han sido incorporadas a nuestro Derecho tanto por el Banco Central de Venezuela, como por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras²². Establece la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras:

1. Que todos los bancos están sujetos a la *normativa prudencial* que establezcan la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y el Banco Central de Venezuela (artículo 2°).
2. Que "...se entiende por normativa prudencial... todas aquellas *directrices e instrucciones* de carácter técnico contable y legal *de obligatoria observancia* dictadas, mediante resoluciones de carácter general, así como a través de circulares..." (artículo 2°).
3. Que las actividades y operaciones bancarias deben realizarse -esto es, ser- *en un todo* conformes con la *normativa prudencial* (artículo 3°).
4. Que los bancos "...deben mantener un índice de liquidez y solvencia acorde con el desarrollo de sus actividades, preservando una *equilibrada diversificación* de las fuentes de sus recursos y *de sus colocaciones* e inversiones" (artículo 24).
5. Que corresponde a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras dictar las *normas prudenciales* para, por ejemplo, asegurar la necesaria (imprescindible) correspondencia entre la estructura de los activos y los pasivos; para evitar riesgos de iliquidez y de interés; y, para el castigo de créditos (artículos 235, numeral 9°, y 86).

A la luz de esos principios generales, de obligatoria observancia por la banca, que, en ejecución de *deberes fiduciarios*, administra *fondos ajenos*, no luce prudente -en general- la creación de las carteras mínimas, y, por consiguiente, de la cartera mínima obligatoria para créditos hipotecarios para vivienda. A quien, por razones estructurales, sólo puede captar recursos del público a *corto plazo* -y esa es, hoy por hoy, la realidad de la banca venezolana- no se le puede exigir que coloque a *largo plazo* una parte significativa de su cartera de créditos. La imposición *contraria* normas de prudencia elemental. Más sobre lo mismo: La cartera mínima hipotecaria, equivalente a un diez por ciento (10%) de la cartera de créditos bruta, conduce a una *indebida* -inconveniente- *concentración de riesgos* en un solo sector de la economía nacional. Esta última reflexión, es evidente, puede hacerse también por lo que respecta a la cartera mínima prevista por la Ley de Crédito para el Sector Agrícola. Una nota complementaria, también sobre la cartera mínima hipotecaria: Su fijación no fue hecha en el marco del *procedimiento de consulta* contemplado por la Ley Orgánica de Administración Pública. Esa infracción de ley, que vicia de nulidad la regulación establecida, primero por el Consejo Nacional de

22 A título de ejemplo puede citarse la Resolución N° 198, de fecha 17 de junio de 1999 (*Gaceta Oficial* N° 36.726, del 18 de junio de 1999), a través de la cual la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras estableció los porcentajes mínimos de adecuación patrimonial que los bancos deben satisfacer.

Vivienda, luego por el Ministerio para la Vivienda y Hábitat, es particularmente grave por el hecho de que esas autoridades, conocedoras de otras materias, *ignoran el impacto que su regulación puede tener sobre el sistema financiero nacional*.

En resumen, la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y sus actos de aplicación pueden *poner a riesgo la liquidez y solvencia del sistema financiero nacional*, porque yendo en contra de lo que la prudencia recomienda, obligan a la banca a concentrar sus riesgos, por una parte, y por la otra, le exigen prestar a largo plazo lo que sólo a corto plazo pudo captar.

V. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR

Es *irrazonable* -esto es, contrario al *principio constitucional de racionalidad en el ejercicio del Poder Público*- que a la banca se le impida ejecutar al deudor moroso por el solo hecho de que éste decida pagar el cincuenta por ciento (50%) de lo que adeuda (artículo 38 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda). Basta que el deudor moroso pida la “rehabilitación” de su crédito y pague la mitad -sólo la mitad- de lo que debe, para que resulte imposible ejecutar la garantía hipotecaria. A pesar de la mora, contra este deudor la institución financiera *nada puede hacer*. La sentencia que resolvió la controversia sobrevenidamente *pierde valor*, todo su vigor. El crédito que era exigible deja de serlo por voluntad del deudor. Esta previsión no es *ni justa ni razonable*, porque mientras el deudor “abandona” el estado de mora, el banco sigue obligado a mantener el porcentaje mínimo de provisión individual exigido por las *normas prudenciales* codificadas por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras²³. Si a la banca no se le permite recuperar oportunamente los recursos dados en préstamo -*todos* los recursos, y no sólo una parte de los mismos-, se compromete entonces su capacidad para devolverle a los depositantes sus haberes. Es intuitivo, de sentido común, que un sistema financiero sano no puede descansar sobre la premisa de que la mora, esto es, el incumplimiento de los compromisos, no produce consecuencias adversas para el deudor, pues éste, no obstante haber incumplido, puede, en cualquier momento, frustrar la ejecución de sus bienes o haberes.

También resulta *irrazonable* que se obligue a la banca a prestarle nuevamente a quien ya una vez dejó de honrar sus obligaciones. Y eso, precisamente, es lo que contempla el artículo 37 de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, que autoriza al deudor que, por no poder cumplir, dio su vivienda en pago de su crédito, para solicitar otro préstamo, un nuevo préstamo. La concesión de créditos al margen de los antecedentes crediticios del prestatario choca contra normas de *elemental prudencia* y, por consiguiente, pone en riesgo el dinero -los dineros- del público.

23 El artículo 22 de la “Normas relativas a la clasificación del riesgo en la cartera de créditos y el cálculo de sus provisiones” (*Gaceta Oficial* N° 36.433, del 15 de abril de 1998) establece que el porcentaje mínimo de provisión individual es igual al noventa y cinco por ciento (95%) del crédito hipotecario, cuando el deudor ha dejado de pagar veinticuatro (24) cuotas.

Teniendo presentes las *normas prudenciales*, resulta pertinente subrayar que el Tribunal constitucional alemán ha considerado que el legislador obra de manera irrazonable cuando dicta normas que no son funcionales, esto es, *inadecuadas*, porque contradicen el *principio de proporcionalidad*. Ello ocurre, por ejemplo, en aquellos en los que a uno de los sujetos de una relación se le impone, por ley, un sacrificio (excesivo), mientras que al otro u otros la ley no les impone carga alguna comparable²⁴.

La regulación *no es razonable* y, por ello, puede llegar a comprometer tanto los recursos del público, como el capital de la banca, esto es, la solidez del sistema financiero.

VI. LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES PARA EL PAGO DEL PRÉSTAMO

La Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda faculta al deudor para exigir que la forma de "...pago de las cuotas mensuales de los créditos hipotecarios..." se ajuste "...a la forma de remuneración del deudor hipotecario, sea ésta semanal, quincenal o mensual..." (artículo 41). De esa norma interesa destacar dos circunstancias, a saber:

1. Primero, que al autorizarse al deudor para realizar pagos semanales, se introduce una práctica extraña al negocio bancario, que impone costos de administración y manejo (adicionales), no compensados por la "tasa de interés social" que la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda contempla. Ese tipo de costos, que no pueden ser compensados por las tasas preferenciales fijadas por el Estado, conspiran contra la salud -el vigor- del sistema financiero venezolano.
2. Segundo, que luce *incongruente* que se disponga, por una parte, que el deudor puede realizar *pagos semanales*, y por la otra, que el crédito hipotecario para vivienda ha de amortizarse (necesariamente) mediante *cuotas mensuales*.

VII. LA IDENTIDAD DEL DEUDOR Y LA GARANTÍA HIPOTECARIA

En ejecución de lo dispuesto por los artículos 24 y 25 -literal a)- de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, mediante Oficio de fecha 2 de marzo de 2005, distinguido con las letras y números G-05-01191, el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo le remitió a la Asociación Hipotecaria de Venezuela el "...modelo del Contrato de Crédito Hipotecario de Vivienda Principal, otorgado con recursos propios de la Banca u Operadores Financieros", aprobado por la Junta Directiva de dicho Banco²⁵. De acuerdo al Modelo, para garantizarle a la banca "...la oportuna devolución de la cantidad de dinero recibida [así como sus accesorios]... *“El Deudor Hipotecario”*... constituye *Hipoteca de Primer Grado*... a favor del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, Institu-

24 Elia, Leopoldo, *División de Poderes e Interpretación. Hacia una Teoría de la Praxis Constitucional*, obra coordinada por Antonio López Pina, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1987, p. 78.

25 De acuerdo al Oficio G-05-01191, el Modelo de Contrato en referencia fue aprobado en la Reunión de Junta Directiva del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo N° 1.825, de fecha 11 de febrero de 2005, mediante Punto de Cuenta N° 10.

to Autónomo, domiciliado en la ciudad de Caracas... la cual será *compartida* con el Acreedor Financiero...”, esto es, con el banco que por haber concedido el préstamo con fondos propios corre (asume) los riesgos derivados del contrato de préstamo.

A la luz de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y del modelo contractual queda clara una cosa: La hipoteca que garantiza o asegura el pago del crédito ha de ser constituida a favor del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, a pesar de que éste no ostenta la condición de acreedor financiero. Es el *Banco Nacional de Ahorro y Préstamo* (hoy en día BANAVIH) quien ostenta la condición de *acreedor hipotecario*. Lo que ni la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda ni el aludido modelo contractual aclaran es cuál es el alcance de los *derechos* que el acreedor financiero detenta por el hecho de *compartir* la hipoteca con el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo. Dicho en otros términos, comoquiera que *compartir* -esta es la voz empleada por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda- significa repartir, dividir o distribuir algo en partes, también participar en algo, surgen, entre otras, las siguientes preguntas, de difícil solución:

1. ¿La solicitud de ejecución de hipoteca puede ser propuesta por el banco que prestó los fondos?; o, por el contrario,
2. ¿Para interponer la solicitud de ejecución debe el banco (el acreedor financiero) contar con la autorización previa del Banco Nacional de Ahorro y Préstamo (acreedor hipotecario)?; o, finalmente,
3. ¿Debe la solicitud de ejecución de hipoteca ser formulada, conjuntamente, por el acreedor financiero y el acreedor hipotecario, porque ambos conforman un “litis consorcio activo necesario”?

La regulación contenida en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y el Modelo de contrato de crédito hipotecario de vivienda principal, otorgado con recursos propios de la banca, generan *incertidumbre*, confusión, y con toda seguridad dará lugar a *inconvenientes controversias* judiciales que pueden afectar de manera adversa al sistema financiero. Más aún, en virtud de esa *regulación* se puede llegar a *comprometer* la capacidad del banco para ejecutar garantías y, por consiguiente, devolverle sus haberes, de manera oportuna, a sus depositantes. Producto de esta irreflexiva regulación, la banca corre el riesgo de *perder control* sobre su *negocio*.

A la confusión generada por la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y el Modelo contractual citado precedentemente se agrega la incertidumbre, la zozobra, que puede llegar a generar la comunicación G-05-02650, de fecha 1 de julio de 2005, a través de la cual el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo solicita que se inscriban en registro las garantías hipotecarias constituidas a favor de la banca por quienes soliciten créditos para la adquisición, construcción o mejoramiento de viviendas, porque la legalidad -esto es, la validez- de las garantías registradas con base en esa solicitud, pudiera ser puesta en entredicho el día de mañana por el deudor al que se le ejecute la hipoteca.

VIII. EL ASFIXIANTE CONTROL ESTATAL SOBRE LA BANCA

A la banca le han venido siendo impuestas *severas restricciones* que le impiden administrar, a su mejor saber y entender, su patrimonio y los haberes del público. En efecto, con lo expuesto *supra* ha quedado determinado:

1. Que el destino de casi un tercio (1/3) de la cartera crediticia ha sido determinado por el Estado, no por los administradores de las instituciones financieras: Dos coma cinco por ciento (2,5%) para los créditos turísticos, tres por ciento (3%) para los microcréditos, diez por ciento (10%) para los créditos hipotecarios y entre un once por ciento (11%) y un dieciséis por ciento (16%) para los créditos agrícolas.
2. Que también las tasas de los créditos hipotecarios para vivienda principal han sido fijadas por Estado por debajo de las que prevalecen en el mercado. Otro tanto cabe decir de las agrícolas y de las turísticas.
3. Que a la banca, además, se le impide diseñar sus productos financieros, porque al conceder créditos hipotecarios debe necesariamente emplear el modelo de contrato elaborado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo²⁶. Ese modelo, predeterminado por el Estado, sustituye la autonomía de la voluntad del deudor y del banco, *anula* por completo su *libertad negoci*al.
4. Que conforme a la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda y al modelo de contrato elaborado por el Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, en lo adelante la garantía hipotecaria no puede figurar a nombre del acreedor financiero.

En resumidas cuentas, a *la banca* le resulta cada vez más difícil gestionar sus riesgos, porque, *producto* de las crecientes *regulaciones estatales*, ya *no controla* (de manera íntegra) *su negocio*. Lo que antes eran decisiones de negocios, ahora son imposiciones estatales. Es el Estado quien decide para qué se debe prestar, cuánto se puede cobrar por el préstamo, y cómo puede prestarse. Es el Estado quien fija las políticas de créditos. Los riesgos del negocio, empero, quedan en manos de la banca.

La sumatoria de las decisiones, legislativas y administrativas, que el Estado venezolano ha venido adoptando puede y debe ser analizado a la luz de cuanto enseña la doctrina comparada: Si la autoridad, enseña la doctrina comparada, "...pudiese deshojar el derecho de propiedad [y demás derechos constitucionales], como si se tratase de una alcachofa, para privarlo, uno tras otro y de manera indemne, de sus atributos, no vemos qué garantía representa la norma constitucional..." que asegura la titularidad y ejercicio

26 Adicionalmente, en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat se establece que para promover el desarrollo "...del mercado primario y secundario de crédito hipotecario, el Sistema Nacional de Vivienda y Hábitat deberá:... 5. Garantizar la *estandarización* de los instrumentos hipotecarios, fundamentalmente en relación a la *documentación*, las condiciones de los créditos, las garantías y los riesgos" (artículo 136, ordinal 5.)

de los derechos fundamentales²⁷. En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia venezolana²⁸. El derecho de propiedad y la libertad económica de nada sirven si el Estado puede *eliminar* esos derechos *por partes* con total impunidad. De manera sistemática, los atributos del derecho de propiedad y la libertad económica de la banca y de sus accionistas están siendo *paulatinamente eliminados*, suprimidos. Vienen siendo rebanados, uno tras otros, como si de una hogaza de pan se tratara.

IX. EL ASFIXIANTE CONTROL ESTATAL SOBRE LA BANCA Y SU “CONFORMIDAD” CON EL DERECHO. UN CATÁLOGO DE GRAVÁMENES Y EL DERECHO APLICABLE

En los Capítulos que anteceden analizamos la Ley de Protección del Deudor Hipotecario de Vivienda a la luz del *Derecho interno*. Por tanto, nos corresponde ahora reflexionar dejando de lado por un momento la Constitución de 1999 y las demás leyes y resoluciones nacionales. Dicho en otras palabras, de seguida enjuiciaremos la *validez* del conjunto de regulaciones mencionadas en los Capítulos que anteceden -y, muy particularmente, las contenidas en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda- y la consecuente *responsabilidad patrimonial* del Estado venezolano, a la luz de una serie de *compromisos internacionales* asumidos por la República a lo largo del tiempo. En concreto, centraremos nuestra atención en los instrumentos, de Derecho Internacional, que se citan de seguida:

1. En primer lugar, el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones²⁹. De este Acuerdo Internacional resultan dignas de mención las normas que se mencionan a continuación:

A. El artículo X, que de manera expresa se ocupa de las Inversiones en Servicios Financieros³⁰. El artículo X *sólo* autoriza a los países signatarios para adoptar frente a la banca *medidas razonables por razones prudenciales* que tengan por objeto:

- 1.- Mantener la seguridad, solidez, integridad y responsabilidad financiera de las instituciones financieras; o
- 2.- Asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero de la Parte Contratante.

27 Crapanzano, Alessandro y Crapanzano, Andrea, “Le espropriazioni per causa di pubblica utilità”, en *Rivista L'Amministrazione Italiana* N° 2, Soc. Tipográfica Barbieri, Nocchioli & C., Empoli, 1987, p. 221.

28 Sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fecha 12 de agosto de 1994 (asunto “José Muci-Abraham”), entre otras.

29 *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 5.207, de fecha 20 de enero de 1998.

30 El Acuerdo define la expresión *servicios financieros* como “...servicios de naturaleza financiera, incluyendo seguros, y servicios incidentales o auxiliares de servicio de naturaleza financiera” (Artículo I, literal (c)). También define la expresión *institución financiera* como “...cualquier intermediario financiero u otra empresa autorizada a hacer negocios y regulada o supervisada como institución financiera de acuerdo con la legislación de la parte Contratante en cuyo territorio se encuentra” (Artículo I, literal (d)).

Conforme al Acuerdo, las medidas en materia de servicios financieros que no obedezcan a razones prudenciales están prohibidas. Otro tanto cabe decir de las medidas prudenciales sobre tales servicios que no sean razonables. Y, la verdad sea dicha, las *graves restricciones* al destino que puede dársele a los fondos captados (carteras mínimas y obligatorias de crédito por sectores) no califican como medidas prudenciales. Lo mismo cabe decir de las tasas máximas que pueden ser cobradas y de la imposición de productos financieros prediseñados por la autoridad. En síntesis, esas reglas *no pueden ser reconciliadas* con el artículo X del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones. En el caso de la especie, la degradación que de los derechos de los inversionistas se hace no puede ser justificada.

B. El artículo II, numeral (2), en virtud del cual Venezuela, "...de acuerdo con los principios del derecho internacional...", se compromete y obliga a brindarle a los inversionistas canadienses "...un *trato justo y equitativo y protección y seguridad completas*".

Para los tribunales internacionales, un Estado incumple la obligación de brindar o asegurar un trato justo y equitativo, por ejemplo, cuando el marco normativo que se dicta no es ni transparente ni previsible³¹. Y puede argumentarse que las reglas, verdadero aluvión de normas, dictadas en ejecución de la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, lejos de generar seguridad y certeza, ha creado dudas, gran confusión. Para muestra un botón: No puede calificarse como previsible a un marco normativo en el que haciendo caso omiso a lo que la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda expresamente dispone en torno a la identidad de la persona a favor de la cual puede y debe constituirse la hipoteca, se le pide luego a los registros y notarías, mediante norma que no es objeto de publicidad alguna, que autoricen el registro de las hipotecas en las que figure como acreedor hipotecario una persona distinta al Banco Nacional de Ahorro y Préstamo, hoy Banco Nacional de la Vivienda y Hábitat. No puede tampoco calificarse como previsible a un marco normativo en el que, a mediados del 2005, se modifican de manera sobrevenida las reglas del juego y se excluyen, de la cartera de créditos hipotecarios que la banca debía conceder, todos aquellos que no reunían los nuevos criterios contenidos en las Resoluciones de fechas 30 de junio y 10 de agosto de 2005³².

C. El artículo III, numeral (1), en virtud del cual Venezuela le asegura a los inversionistas canadienses "... un trato no menos favorable que aquel que, en circunstancias similares, otorga a inversiones o ganancias de inversores de cualquier tercer Estado".

En virtud de esta norma, los inversionistas amparados por el Acuerdo Internacional con el Canadá pueden invocar *-exempli gratia-* el artículo 3, numeral 1) del Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Vene-

31 *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso N° ARB(AF)/97/1, del 30 de agosto de 2000.

32 Sobre el contenido de la Resoluciones citadas consúltese *supra* el Capítulo I, § 1. literales A y B.

zuela y el Reino de los Países Bajos³³, que establece textualmente que cada una de las Partes Contratantes garantizará "...un *trato justo y equitativo* a las inversiones pertenecientes a nacionales de la otra Parte Contratante y [consecuentemente] *no obstaculizará mediante medidas arbitrarias* o discriminatorias la operación, administración, mantenimiento, utilización, disfrute o disposición de las mismas por tales nacionales"³⁴.

En el ámbito del Derecho Internacional por *medida arbitraria* debe entenderse cualquier decisión que *carezca de justificación legítima*³⁵, que sea *manifiestamente injusta*³⁶. Y en el caso de la especie, no hay duda, la creación de una cartera mínima de créditos hipotecarios para vivienda es una medida manifiestamente injusta, porque no tiene por objeto ni mantener la seguridad, solidez, integridad y responsabilidad financiera de las instituciones financieras, ni tampoco asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero. Consecuentemente, esa medida contraría abiertamente el artículo X del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones. Análogas reflexiones cabe hacer respecto de otras gravosas limitaciones, a la administración y disfrute de la inversión, contenidas en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda.

D. El artículo VII, que prohíbe la expropiación y las *medidas de efecto equivalente* a una expropiación "... excepto para un fin público, conforme al debido proceso de ley, de manera no discriminatoria y mediante una compensación pronta, adecuada y efectiva".

Como enseña la jurisprudencia internacional, la expresión *medidas de efecto equivalente*, empleada -entre otros- por el artículo VII del Acuerdo con Canadá, engloba los *regulatory takings*,³⁷ esto es, aquellas odiosas restricciones a derechos producto o resultado de normas o reglas estatales inválidas, porque violan o quebrantan los límites del legítimo *poder de policía* que el Derecho le reconoce a la Administración. Dicho en otras palabras, las restricciones derivadas de normas o reglas estatales que no pueden ser consideradas regulaciones *bona fide*³⁸. Habida consideración de su ilegitimidad, tales

33 *Gaceta Oficial* N° 35.269, del 6 de agosto de 1993.

34 Para un sector de la doctrina, ésta es una formulación restrictiva, más específica, de la regla del *trato justo y equitativo* contenida, por ejemplo, en el artículo II, numeral 2., del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección de Inversiones (en propósito Migliorino, Luigi, *Gli Accordi Internazionali sugli Investimenti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 61).

35 *International Investment Agreements: Key Issues, Volume I*, United Nations (United Nations Conference on Trade and Development), New York and Geneva, 2004, pp. 235 y ss.

36 *Waste Management Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso N° ARB(AF)/00/3, del 30 de abril de 2004.

37 *Marvin Feldman v. México*, Caso N° ARB(AF)/99/1, del 16 de diciembre de 2002.

38 *International Investment Agreements: Key Issues, Volume I*, United Nations (United Nations Conference on Trade and Development), New York and Geneva, 2004, p. 240. También *Methanex Corp. v. USA*, citado en *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, del 17 de marzo de 2006.

regulaciones no tienen por qué ser toleradas por el particular. Y de la ilegitimidad de las regulaciones, contenidas en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, que, como quedó dicho, no califican jamás ni nunca como *medidas prudenciales*, porque exceden los límites del poder de policía, no hay duda alguna, pues tales medidas contravienen abiertamente el artículo X del Acuerdo suscrito por Venezuela y Canadá.

Las severas limitaciones contenidas en la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, de manera individual o en conjunto, desdibujan o desconocen el derecho de propiedad del inversionista -del propietario-, porque a su empresa, a su inversión, le niegan sus derechos a decidir para qué se presta; a fijar el precio del dinero que se presta; a documentar el préstamo de manera tal que, a juicio de la institución, queden debidamente asegurados sus derechos y, por vía de consecuencia, los de los depositantes cuyos recursos fueron dados en préstamo; a desechar la solicitud de crédito presentada por quien en el pasado no honró su contrato de crédito; y, a reclamar el pago íntegro de lo todo adeudado, y no sólo de un cincuenta por ciento (50%) de lo adeudado.

Esa negación de derechos, máxime cuando se toma en consideración que a ella se suman a otras decisiones estatales, que en el pasado han impuesto o en el presente imponen incisivas limitaciones, odiosas restricciones, a los derechos de propiedad de los inversionistas amparados por el Tratado, pudieran en su conjunto producir *efectos equivalentes* a los de una *expropiación*, una expropiación parcial -velada, paulatina, progresiva- de derechos de contenido económico, una expropiación de hecho, no de Derecho, porque la titularidad no se transfiere.

De esas otras decisiones estatales, que han impuesto o que imponen gravosas limitaciones a los derechos del inversionista son dignas de mención las siguientes:

1° La Resolución N° 329.99, expedida por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras el 28 de diciembre de 1999. De acuerdo a dicha Resolución el cincuenta por ciento (50%) de las utilidades de la banca debe ser necesariamente registrado "...en una cuenta patrimonial denominada "Superávit Restringido"...", en el entendido que "los montos incluidos en esta... cuenta no podrán ser utilizados para el reparto de dividendos (sic.) en efectivo, y sólo podrán ser utilizados para aumentar el capital social"³⁹. Por obra de la Resolución 329.99, a la banca le ha sido prohibido tomar en cuenta la mitad de las utilidades a los fines del decreto de dividendos en efectivo. Esa gravosa medida administrativa -gravosa, decimos, porque restringe los derechos de los accionistas de la banca, porque les impide disfrutar de su inversión- arbitrariamente *congela rentas* de forma indefinida -*sine die*-⁴⁰.

39 *Gaceta Oficial* 36.859, del 29 de diciembre de 1999. A pesar de haber sido concebida como una limitación temporal, esa gravosa medida, adoptada por causa de la inflación que afecta a la economía nacional, "perdura" desde hace ya casi siete (7) años.

40 De acuerdo al artículo 167 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 1993 (*Gaceta Oficial* N° 4.649 Extraordinario, del 19 de noviembre de 1993), vigente *rationae temporis*, la prohibición de decretar dividendos sólo podía ser dictada cuando una persona jurídica sometida a la supervisión y control de la Superintendencia se hallaba en alguno de los siguientes supuestos: "1) Diere fundados motivos para suponer que podría incurrir en situaciones de iliquidez

También el fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 25 de abril de 2006, mediante el cual fue revocada la medida cautelar (previa) que había suspendido los efectos de la (ilegítima) Resolución 329.99⁴¹. Por obra de dicho fallo judicial, revocatorio de la cautelar previamente decretada, readquirió vigor la Resolución 329.99 y la restricción que ella contempla.

2° El fallo dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 24 de enero de 2002, a través del cual -concluido un *irregular proceso judicial*- se declaró que los contratos con refinanciamiento de intereses para la adquisición de viviendas, mejor conocidos como créditos indexados, amparados -entre otras normas- por expresa previsión de la Ley de Política Habitacional, eran contrarios a la Constitución venezolana⁴². Y, como producto de dicha declaración, el Tribunal Supremo de Justicia decretó que los intereses (frutos civiles) pagados “en exceso” por los deudores debían ser imputados al capital adeudado.

En virtud de esa decisión judicial, intereses devengados y refinanciados dejaron de ser rentas para el banco -intereses para los deudores- y se transformaron en capital pagado por los prestatarios. De un día para otro, los bancos vieron confiscadas parte sus rentas o ingresos -y, por vía de consecuencia, de las utilidades- obtenidas al amparo de norma expresa de Ley. Esa decisión judicial no puede ser reconciliada con el Derecho: Un claro supuesto de *confiscación*, del que fue autor el máximo garante de la Constitución. En una suerte de proceso alquímico, pero a la inversa, lo que para la banca venezolana eran rentas y para sus accionistas

que pudieran ocasionar perjuicios para sus depositantes o acreedores o para la solidez del sistema bancario. 2) Hubiere incurrido en infracciones graves o recurrentes a las disposiciones de esta Ley, de la Ley del Banco Central de Venezuela, del Código de Comercio y de los Reglamentos o de las resoluciones o instrucciones generales o particulares de la Superintendencia o del Banco Central de Venezuela. 3) Presentare situaciones graves de tipo administrativo o gerencial que afecten o pudieren afectar significativamente su operación normal, o la solvencia y liquidez de la institución financiera. 4) Hubiere cesado en el pago de las obligaciones derivadas de su condición de institución financiera. 5) Presentare durante al menos dos (2) semestres continuos, pérdidas de capital, equivalentes a un porcentaje comprendido entre el quince por ciento (15%) y el veinticinco por ciento (25%) del capital pagado” (artículo 166 *eiusdem*). Por increíble que parezca, la Resolución 329.99 no se funda en ninguno -ninguno, insistimos- de esos supuestos de hecho (véase Muci Facchin, Gustavo y Martín Ponte, Rafael, *Regulación Bancaria*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004, pp. 247 y 248).

- 41 Asunto *Venezolano de Crédito, Banco Universal, C.A. et alter vs. Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras*. La medida cautelar original, de fecha 25 de septiembre de 2002, había sido ratificada -*rectius*, extendida a terceros- en repetidas oportunidades (aludimos a los fallos del 14 de noviembre de 2002, 30 de enero y 27 de febrero de 2003 y, finalmente, 14 de agosto de 2004). Para el momento de su revocatoria que da al traste con la línea jurisprudencial cierta establecida a través de las cinco sentencias apenas citadas, la medida cautelar, la suspensión de efectos, amparaba a las siguientes instituciones financieras: Venezolano de Crédito, S.A., Banco Universal; Banco Mercantil, C.A.; Banco Exterior, C.A., Banco Universal; Banesco Banco Universal, C.A.; Banco del Caribe, C.A., Banco Universal; Corp Banca, C.A., Banco Universal; y Banco de Venezuela, S.A., Banco Universal.
- 42 Asunto *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal (ASODEVIPRILARA) vs. El Instituto para la Defensa y Protección del Consumidor y el Usuario (Indecu) y la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (Sudeban)*.

ingresos -ingresos a título definitivo, pues con base en aquéllas decretaron y cobraron dividendos- dejaron de ser rentas e ingresos.

Una nota final: Por increíble que pueda parecer, en ese proceso judicial no figuraron como partes los bancos que sufrieron los rigores de la determinación judicial. Trátase, por tanto, de un caso de denegación de justicia (*denial of justice*), de injusticia manifiesta, por la flagrante violación de la garantía del debido proceso⁴³.

3° La Resolución del Banco Central de Venezuela N° 060402, de fecha 18 de abril de 2006⁴⁴, que impone *limitaciones adicionales* a los *ingresos* que los bancos, entidades de ahorro y préstamo y otras instituciones financieras pueden percibir por sus servicios. La Resolución, por ejemplo, prohíbe a la banca -ésta es la regla general- "...efectuar cobro alguno... por concepto de comisiones, tarifas o recargos derivados de la tenencia de cuentas de ahorro, así como por cualquier transacción, operación o servicio efectuado respecto de dichas cuentas, cuando éstas estuvieren directamente relacionadas con las mismas" (artículo 1°). La aludida Resolución también prohíbe "...efectuar cobro alguno por concepto de comisiones, tarifas o recargos a sus clientes o al público en general..." por otros conceptos, tales como el pago de cheques emitidos o cobrados en plazas distintas de aquélla en la que sus clientes mantienen la respectiva cuenta corriente (artículo 5°, literal b)) o la devolución de cheques (artículo 6°). A las prohibiciones se agregan otras medidas, que imponen límites a lo que la banca puede cobrar, por concepto de comisiones, tarifas o recargos, a quienes no mantienen saldos mínimos en cuenta corriente (artículo 4°), o la comisión máxima por las operaciones de compra de facturas o de arrendamiento financiero (artículo 9).

A esas gravosas limitaciones, que desvalorizan la libertad económica, se añaden las contempladas en la Resolución del Banco Central de Venezuela N° 060801⁴⁵, que *congela* las comisiones, tarifas o recargos que la banca puede cobrarle a sus clientes. En efecto, de acuerdo a la Resolución 060801, la banca sólo puede modificar las comisiones, tarifas o recargos contemplados en sus "tarifarios" al 23 de agosto de 2006, publicados en la página *web* del Banco Central, previa autorización del Instituto emisor. Más aún, no pueden crear comisiones, tarifas o recargos distintos a los previstos en tales "tarifarios" sin la previa autorización del Banco Central.

4° La Resolución N° 06-09-02⁴⁶, dictada por el Banco Central de Venezuela en fecha 7 de septiembre de 2006, contentiva de las nuevas "Normas que Regirán el Encaje Legal". Antes de proseguir no está de más observar, por una parte, que el encaje es un instrumento de política monetaria, porque permite al Banco Central de Venezuela reducir el dinero en circulación, y por la otra, que la Ley del Banco Central de Venezuela establece que el dinero depositado por la banca en el Ente Emisor para cumplir con las normas de encaje puede estar re-

43 *The Loewen Group, Inc. et alter v. Estados Unidos de América*, Caso N° ARB (AF)/98/3, del 26 de junio de 2003.

44 *Gaceta Oficial* N° 38.419, del 18 de abril de 2006.

45 *Gaceta Oficial* N° 38.507, del 24 de agosto de 2006.

46 *Gaceta Oficial* N° 38.527 del 21 de septiembre de 2006. Esta Resolución deroga la N° 06-07-01, del 19 de julio de 2006 (*Gaceta Oficial* N° 38.482, del 19 de julio de 2006).

munerado⁴⁷. Pues bien, como íbamos diciendo, en las novísimas “Normas que Regirán el Encaje Legal” el Banco Central de Venezuela dispuso que la banca debe “...mantener, un encaje mínimo del quince por ciento (15%) del monto total de la Base de Reserva de Obligaciones Netas”⁴⁸. Dispuso, además, que en lo adelante la banca debe “...mantener un encaje mínimo del treinta por ciento (30%) del monto total correspondiente al Saldo Marginal”⁴⁹. Resta por observar que en la actualidad el dinero depositado en el Banco Central de Vene-

-
- 47 Sobre el encaje véase Grau Fortoul, Gustavo A., El Encaje como Mecanismo de Política Monetaria, Sujeto en su Instrumentación a la Legalidad (Una contribución al estudio jurídico de la actividad de intervención estatal en materia económica), *Revista de Derecho Administrativo*, N° 4, Septiembre-Diciembre 1998, Editorial Sherwood, Caracas, pp. 79 y ss. De acuerdo al Artículo 32 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras en vigor, «los bancos... y demás instituciones financieras, estarán sometidas a las disposiciones que en materia de encaje y tasas de interés establezca el Banco Central de Venezuela». Por otra parte, el artículo 54 de la Ley del Banco Central de Venezuela establece que «la porción del encaje depositada en el Banco Central de Venezuela podrá ser remunerada por razones de política monetaria y financiera, en los términos y condiciones que, a tal efecto, establezca el Directorio del Banco Central de Venezuela».
- 48 Artículo 13. Las “Normas que Regirán el Encaje Legal” definen la Base de Reserva de Obligaciones Netas así: “Es el monto total de las Obligaciones Netas contabilizadas al 14 de julio de 2006” (artículo 1°). Además, define las Obligaciones Netas en los siguientes términos: “Obligaciones Netas: Se refiere a todos los depósitos, captaciones, obligaciones u operaciones pasivas, incluyendo los pasivos derivados de operaciones de mesa de dinero y los provenientes de fondos administrados en fideicomiso, excluidas las operaciones a que se refiere el artículo 4° de la presente Resolución” (artículo 1°). El artículo 4° citado en la anterior definición establece textualmente: “No se computarán a los efectos de la constitución del encaje: las obligaciones de las instituciones provenientes de créditos obtenidos del Banco Central de Venezuela; las derivadas de operaciones de asistencia financiera del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria; las originadas de los fondos recibidos del Estado u organismos nacionales o extranjeros para financiamiento de programas especiales para el país, una vez que dichos fondos hayan sido destinados al respectivo financiamiento; las originadas de los fondos recibidos de instituciones financieras destinadas por Ley al financiamiento y la promoción de exportaciones, una vez que dichos fondos hayan sido destinados al respectivo financiamiento; las contraídas en moneda extranjera como producto de las actividades de sus oficinas en el exterior, y, las que se originen en operaciones con otros bancos y demás instituciones financieras, y por cuyos fondos estas últimas instituciones, a su vez, hayan constituido encaje conforme a la presente Resolución. Tampoco se computarán a los fines indicados, los pasivos provenientes de recursos del Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda previsto en la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, administrados en fideicomiso por las instituciones financieras”.
- 49 Artículo 15. En el artículo 1° de la Resolución se define el Saldo Marginal en los siguientes términos: “Saldo Marginal: Se refiere al monto correspondiente del incremento que se genere tanto en las Obligaciones Netas como en las Inversiones Cedidas respecto a sus Bases de Reservas, según corresponda, determinado de acuerdo a la información suministrada semanalmente por cada concepto”. En las Normas la expresión Inversiones Cedidas es definida así: “Inversiones Cedidas: Se refiere a la cesión de los derechos de participación sobre títulos o valores efectuadas por las instituciones financieras autorizadas para realizar operaciones del mercado monetario, contabilizados en su balance en el activo con signo negativo” (artículo 1°). Finalmente, las Normas entienden por Base de Reservas de Inversiones Cedidas “...el monto total de las Inversiones Cedidas contabilizadas al 14 de julio de 2006” (artículo 1°).

zuela para satisfacer las normas de encaje no es remunerado por el Instituto Emisor. Para la banca ése, el del encaje, es hoy en día dinero improductivo.

El novedoso encaje legal del treinta por ciento (30%) sobre el Saldo Marginal grava, penaliza, el crecimiento de la banca, que se torna extremadamente costoso, irrazonablemente costoso, y dificulta grandemente la creación de nuevas instituciones financieras, porque crea una barrera de entrada (oficial) que resulta muy difícil de superar⁵⁰. Y al penalizar el crecimiento, el novedoso encaje del treinta por ciento (30%) se traduce en una arbitraria limitación de la libertad económica, que favorece el mantenimiento del *status quo*, porque restringe la libre competencia, esto es, la competencia -efectiva y sin trabas- entre las distintas instituciones financieras por los haberes del público. Esta barrera, por tanto, atenta contra la libre competencia, porque hace extremadamente oneroso el crecimiento, porque tiende a “congelar” las cuotas de mercado.

2. Otros Tratados Internacionales para la Promoción y Protección de Inversiones suscritos por Venezuela⁵¹. Si bien es cierto que la regulación, especial o particular, que

50 Con el objeto de remediar el problema creado por la regulación en materia de encaje legal, que de manera velada prohibía el crecimiento (artículo 15 de la Resolución N° 06-07-01, del 19 de julio de 2006), en su más reciente regulación el Banco Central de Venezuela estableció que el encaje del treinta por ciento (30%) no se hace exigible si el crecimiento no supera la cantidad de Noventa Mil Millones de Bolívares (Bs. 90.000.000.000,00). El Parágrafo Único del artículo 15 de la Resolución N° 06-09-02 establece textualmente: “En el supuesto de que la suma de Obligaciones Netas más Inversiones Cedidas no supere la cantidad de noventa mil millones de bolívares (Bs. 90.000.000.000,00), las instituciones financieras no estarán sujetas a lo previsto en el presente artículo”. En lugar de prohibir el crecimiento, se optó por ponerle un techo a dicho crecimiento. Ese, empero, no es un remedio. El crecimiento, por obra de la eficacia en la gestión del negocio bancario, no puede ser penalizado, no puede ser prohibido.

51 Para el momento en que culminamos esta investigación Venezuela ha suscrito más de dos docenas de instrumentos internacionales relacionados con la promoción y protección recíproca de inversiones. En orden cronológico, de esos instrumentos interesa destacar los siguientes: Acuerdo CJTI-175, suscrito con los Estados Unidos de América (*Gaceta Oficial* N° 34.511, del 17 de julio de 1990); Reino de los Países Bajos (*Gaceta Oficial* N° 35.269, del 6 de agosto de 1993); República Argentina (*Gaceta Oficial* N° 4.801, del 1° de noviembre de 1994); Confederación Suiza (*Gaceta Oficial* N° 4.801, del 1° de noviembre de 1994); Ecuador (*Gaceta Oficial* N° 4.802 Extraordinario, del 2 de noviembre de 1994); Chile (*Gaceta Oficial* N° 4.830 Extraordinario, del 29 de diciembre de 1994); República Portuguesa (*Gaceta Oficial* N° 4.846 Extraordinario, del 26 de enero de 1995); Barbados (*Gaceta Oficial* N° 4.853 Extraordinario, del 8 de febrero de 1995); República Checa (*Gaceta Oficial* N° 36.002, del 17 de julio de 1996); Reino de Dinamarca (*Gaceta Oficial* N° 5.080 Extraordinario, del 23 de julio de 1996); República de Lituania (*Gaceta Oficial* N° 5.080, del 23 de julio de 1996); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (*Gaceta Oficial* N° 36.010, del 30 de julio de 1996); República del Perú (*Gaceta Oficial* N° 36.266, del 11 de agosto de 1997); República Federativa del Brasil (*Gaceta Oficial* N° 36.268, del 13 de agosto de 1997); Reino de España (*Gaceta Oficial* N° 36.281, del 1° de septiembre de 1997); República del Paraguay (*Gaceta Oficial* N° 36.301, del 29 de septiembre de 1997); Reino Unido de Suecia (*Gaceta Oficial* N° 5.192 Extraordinario, del 18 de diciembre de 1997); Canadá (*Gaceta Oficial* N° 5.207 Extraordinario, del 20 de enero de 1998); República de Costa Rica (*Gaceta Oficial* N° 36.383, del 28 de enero de 1998); República Federal de Alemania (*Gaceta Oficial* N° 36.383, del 28 de enero de 1998); República Oriental del Uruguay (*Gaceta Oficial* N° 36.519, del 18 de agosto de 1998); Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (*Gaceta Oficial* N° 37.357, del 4 de enero de 2002);

de los servicios financieros contiene el Acuerdo Internacional suscrito con Canadá, no es común en la red de Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones (BIT's) suscritos por Venezuela, no es menos cierto que dicha previsión puede ser invocada por los inversionistas de otros países si el Tratado Bilateral de Protección de Inversiones que les ampara contiene la cláusula de la nación más favorecida *-rectius*, del individuo más favorecido⁵². Entre otros, contienen la cláusula de la nación más favorecida los Tratados que se mencionan a continuación:

- A. El Acuerdo entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. A tenor del artículo IV del Acuerdo, “cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo conforme al Derecho Internacional a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante” (numeral 1.-), y, más aún, “este tratamiento *no será menos favorable* que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas y a los rendimientos obtenidos en su territorio por sus propios inversores o por inversores de cualquier tercer Estado” (numeral 2.-).
- B. El Acuerdo entre la República de Venezuela y la República Federativa del Brasil para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Establece el artículo 3, numeral 2., que “cada Parte Contratante acordará a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios inversores o a los de cualquier tercer Estado”.
- C. El Convenio para el Estímulo y Protección Recíprocas de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos. Conforme al artículo 3, citado *supra*, “cada Parte Contratante garantizará un trato justo y equitativo a las inversiones pertenecientes a nacionales de la otra Parte Contratante y no obstaculizará mediante medidas arbitrarias o discriminatorias la operación, administración, mantenimiento, utilización, disfrute o disposición de las mismas por tales nacionales” (numeral 1)), y “más particularmente, cada Parte Contratante otorgará a tales inversiones plena seguridad física y protección, la cual no será en ningún caso inferior a la otorgada a las inversiones de sus propios nacionales o a inversiones de nacionales de cualquier tercer Estado, lo que sea más favorable al nacional interesado” (numeral 2)).

No obstante las diferencias, unas de forma, otras de fondo, que median entre los diferentes Tratados para promover y proteger inversiones suscritos y ratificados por Venezuela, la cláusula de la nación más favorecida contribuye a brindarle un conjunto de garantías mínimas comunes, homogéneas -una suerte de *ius commune*- a los inversionistas extranjeros que pueden invocar sus normas.

Francia (*Gaceta Oficial* N° 37.896, del 11 de marzo de 2004); República de Cuba (*Gaceta Oficial* N° 37.913, del 5 de abril de 2004); y, República Islámica de Irán (*Gaceta Oficial* N° 38.389, del 2 de marzo del 2006).

52 Ayala Corao, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los Tratados relativos a Derechos Humanos y sus consecuencias”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coordinada por Méndez Silva, Ricardo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 98, México, 2002, p. 55.

3. La vigente Ley de Promoción y Protección de Inversiones⁵³ venezolana. La Ley es digna de mención porque en su artículo 10, por obra del principio de progresividad de los derechos humanos⁵⁴, se remite o reenvía al Derecho Internacional a los efectos de determinar cuáles son los derechos, y su alcance, reconocidos a las inversiones hechas en territorio nacional por un inversionista venezolano. En efecto, establece el artículo 10 que “las inversiones y los inversionistas venezolanos tendrán derecho a un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones internacionales, o a los inversionistas internacionales, según corresponda, en circunstancias similares”. Dicho en otras palabras, la Ley de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda le brinda o reconoce a los inversionistas nacionales los derechos y las garantías concedidas a los inversionistas internacionales a través de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. En virtud del artículo X, los derechos de unos y otros se equiparan. No obstante lo ya dicho, la Ley de Protección de Inversiones reproduce, *mutatis mutandis*, algunas de las previsiones contenidas en los Tratados para la Promoción y Protección de Inversiones. En concreto:

A. El artículo 6° establece que “las inversiones internacionales tendrán derecho a un trato justo y equitativo, conforme a las normas y criterios del derecho internacional y no serán objeto de *medidas arbitrarias* o discriminatorias que obstaculicen su mantenimiento, gestión, utilización, disfrute, ampliación, venta o liquidación”.

B. El artículo 11 dispone que “no se decretarán ni ejecutarán *confiscaciones*, sino en los casos de excepción previstos por la Constitución; y en cuanto a las inversiones e inversionistas internacionales, por el derecho internacional. Sólo se realizarán expropiaciones de inversiones, o se aplicarán a éstas *medidas de efecto equivalente a una expropiación*, por causa de utilidad pública o de interés social, *siguiendo el procedimiento legalmente establecido* a estos efectos, de manera no discriminatoria y mediante una *indemnización pronta, justa y razonable*”.

C. El artículo 24 establece que “lo previsto en el presente Decreto-Ley no impedirá... 2) La adopción de medidas en el campo de los servicios financieros que tengan por objeto: a) La protección de los inversionistas, depositantes, participantes en el mercado financiero, titulares de pólizas, titulares de reclamaciones de pólizas o personas a las que les es debida una responsabilidad fiduciaria por una institución financiera; b) El mantenimiento de la seguridad, solidez, integridad y responsabilidad de las instituciones financieras; y, c) Asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero en Venezuela”.

53 *Gaceta Oficial* N° 5.390, de fecha 22 de octubre de 1999.

54 Subraya Ayala Corao que en virtud del principio de la progresividad, el intérprete debe siempre acoger “...la interpretación *pro cives, pro hominis, pro libertatis*, ello es, en definitiva, la interpretación que resulte más favorable a la persona” (Ayala Corao, Carlos M., *Op. Cit.*, p. 57). Sobre la propiedad como derecho humano puede consultarse, entre otros, a Brewer-Carías, Allan Randolph, *The Amparo Suit: Judicial Protection of Human Rights in Latin America (A Comparative Constitutional Study of the Suit for “Amparo”)*, Volume I, Columbia Law School, Columbia University in the City of New York, 2006, p. 13.

X. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS CONSECUENCIAS DEL ILEGÍTIMO “CONTROL” ESTATAL SOBRE LA BANCA

Los distintos Tratados para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones que integran la *red de tratados* suscritos y ratificados por Venezuela tienen una nota común digna de mención: Son, todos ellos, instrumentos para el *control “de legalidad” del ejercicio de la autoridad*, del Poder Público, por el Estado en que el inversionista extranjero realizó su inversión. Dicho en otras palabras, los Tratados autorizan al inversionista extranjero para proponer *demanda* al *pago de daños y perjuicios* contra el *Estado* receptor de la inversión por la violación de los derechos y garantías consagrados por dichos Tratados, por el *ilegítimo ejercicio del Poder Público*⁵⁵.

De esa demanda, por la infracción de normas de Derecho Internacional, conoce un Tribunal arbitral internacional. La controversia escapa, pues, de la competencia de los jueces nacionales. Más aún, los *fallos* dictados por ese Tribunal autónomo e independiente pueden inclusive ser *ejecutados, fuera de Venezuela*, por los tribunales nacionales de otros países⁵⁶.

XI. CONCLUSIONES

1. La cartera mínima -obligatoria- de créditos hipotecarios para vivienda, igual al diez por ciento (10%) de la cartera crediticia, se agrega a otras carteras ya existentes (las de créditos agrícolas, microcréditos y turismo). Esas carteras de créditos, determinadas, sin orden ni concierto, por cuatro (4) autoridades distintas, “anulan” el derecho a la libre (y profesional) gestión del negocio bancario.

2. A la creación de las carteras obligatorias se suman otras gravosas medidas, como son la fijación de tasas preferenciales para los créditos agrícolas, hipotecarios de vivienda y turísticos, y la imposición de modelos contractuales preelaborados o predeterminados por la Administración, por sólo citar algunas, que desconocen la libertad económica de la banca y del derecho de propiedad de sus accionistas.

3. A las *medidas estatales* mencionadas en el numeral que antecede se suman otras, igualmente ilegítimas, por *arbitrarias*. Aludimos a la reciente regulación del encaje legal y a las limitaciones de las comisiones, dictadas por el Banco Central de Venezuela; a la Resolución, dictada por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, que sin base legal congela utilidades y prohíbe decretar dividendos; y, finalmente, la decisión judicial pronunciada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justi-

55 Van Harten, Gus y Loughlin, Martin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, en *European Journal Of International Law (EJIL)*, 17 (2006), Oxford University Press, p. 131.

56 Este es el caso, *exempli gratia*, de los laudos dictados contra un país que haya suscrito y ratificado la Convención de Washington que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas de Inversiones (CIADI) o la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (Van Harten, Gus y Loughlin, Martin, *Op. Cit.*, p. 134.)

cia, a través de la cual se declaró la ilegalidad de los créditos indexados y, consecuentemente, se decretó la confiscación de rentas obtenidas por la banca con base en ese producto financiero.

4. En su conjunto, las regulaciones que el Estado ha venido imponiendo resultan contrarias a la letra y el espíritu tanto de la red de Acuerdos, Tratados o Convenios internacionales suscrita por la Nación para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, como de la Ley de Protección de Inversiones, y, de acuerdo a las circunstancias, constituyen o pueden llegar a constituir una *velada expropiación (parcial) de la banca*.